

HABEAS CORPUS Nº 470.549 - TO (2018/0247260-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : MARCIANA SILVA DO NASCIMENTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES, ALÉM DE PETRECHOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FRATERNIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA. *HABEAS CORPUS* COLETIVO N. 143.641/SP. PREVALECE A APLICAÇÃO NA PARTE QUE A LEI NÃO REGULOU – SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS POSITIVOS E NEGATIVOS PARA PRISÃO DOMICILIAR. CUMULAÇÃO COM MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

3. Na hipótese, foram apreendidos 653g (seiscentos e cinquenta e três gramas) de maconha, 406 g (quatrocentos e seis gramas) de "crack", bem como 35,30g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) de "cocaína", além de balança de precisão e outros materiais atinentes à traficância. Há notícia de que a paciente responde a outra ação penal pela prática do crime de tráfico de drogas e organização criminosa, a

indicar a possibilidade de risco de reiteração delitiva.

4. A prisão domiciliar *consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial* (art. 317 do Código de Processo Penal).

5. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais.

6. A normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.

7. Assim, a separação excepcionalíssima da mãe de seu filho, com a decretação da prisão preventiva, somente pode ocorrer quando violar direitos do menor ou do deficiente, tendo em vista a força normativa da nova lei que regula o tema.

8. No particular, verifica-se que a recorrente, é mãe de três crianças menores de 12 anos – 5 anos 3 anos de idade, além de um terceiro filho, de 8 anos de idade, cuja certidão não fora juntada aos autos. No entanto, o benefício da prisão domiciliar foi negado ao argumento de que a paciente teria declarado "*que quem mantém a casa é a sua avó e sua mãe e a criação dos 3 filhos também é feita em conjunto com mãe e avó*", motivação que não demonstra qualquer risco aos direitos das crianças ou perigo à convivência em família, que justifique o indeferimento da prisão domiciliar.

- Embora a paciente seja investigada por tráfico, não é reincidente; o fato que deu origem à prisão em exame não ocorreu na residência onde moram os filhos, bem como não envolveu atuação de organização criminosa, tanto que foi denunciada apenas pelo crime de tráfico de drogas. Inexistência de excepcionalidade.

- Além disso, a situação dos autos também não se encaixa em

Superior Tribunal de Justiça

nenhuma das exceções legais trazidas pela Lei 13.769/2018, mormente por não se tratar de delito praticado com violência ou grave ameaça, bem como não ter sido praticado contra os descendentes da paciente.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva de MARCIANA SILVA DO NASCIMENTO pela prisão domiciliar com aplicação adicional das medidas cautelares previstas nos incisos III e IX, do art. 319 do CPP, sem prejuízo da fixação de outras julgadas adequadas pelo magistrado singular.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

HABEAS CORPUS Nº 470.549 - TO (2018/0247260-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : MARCIANA SILVA DO NASCIMENTO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCIANA SILVA DO NASCIMENTO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (HC n. 0018159-37.2018.827.0000).

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante, sendo a custódia convertida em preventiva, pela suposta prática do crime de tráfico de drogas pois, em tese, foi flagrada, juntamente com os demais corréus e um menor de idade, *guardando e mantendo em depósito substâncias entorpecentes, sem autorização legal ou regulamentar, consistente em 653 g (seiscentos e cinquenta e três gramas) da substância conhecida como "maconha", 406 g (quatrocentos e seis gramas) da substância conhecida como "crack", bem como 35,30 g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) da substância conhecida como "cocaína"* (e-STJ fl. 42).

Irresignada com a imposição da prisão preventiva e requerendo a substituição da medida por prisão domiciliar, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal estadual. A ordem, contudo, foi denegada, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fls. 10/11):

EMENTA: *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI Nº 11.343/2006. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REQUISITOS PRESENTES. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECRETO FUNDAMENTADO. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. SUBSTITUIÇÃO DA CAUTELAR PELO RECOLHIMENTO DOMICILIAR. DESCABIMENTO. ORDEM DENEGADA EM DEFINITIVO. DECISÃO UNÂNIME.*

1 – A paciente foi presa em flagrante em 24/04/2018, quando capturada em flagrante delito em razão de que ela e outras duas

Superior Tribunal de Justiça

peçoas, estariam envolvidos no comércio de substâncias entorpecentes, porquanto estariam guardando e mantendo em depósito, sem autorização legal ou regulamentar, "653 g (seiscentos e cinquenta e três gramas) da substância conhecida como "maconha", 406 g (quatrocentos e seis gramas) da substância conhecida como "crack", bem como 35,30 g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) da substância conhecida como "cocaína".

2 – Aos dias 27/04/2018 a prisão em flagrante fora convertida em preventiva, sob o fundamento de garantir a ordem pública - (Evento 19 do IP nº 0013682-29.2018.827.2729).

3 - Impossível falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo da prisão preventiva quando não se evidencia lapso desproporcional entre sua decretação e a situação em que se encontram os autos da ação penal, que, na espécie, já teve, inclusive, designação de audiência para instrução, sem qualquer prova de retardamento em sua marcha.

4 – Destarte, conforme entendimento consolidado, eventuais condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si só, garantir a paciente a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar.

5 - No mais a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos casos de paciente com filho menor de 12 (doze) anos, somente será concedida se restar cabalmente demonstrado nos autos a sua necessidade. Assim, não havendo comprovação de que a criança dependa exclusivamente de cuidados especiais de sua mãe, não há como substituir a constrição cautelar pela domiciliar, inteligência do art. 318 do Código de Processo Penal.

6 - Habeas Corpus denegado. Decisão unânime.

Na presente impetração (e-STJ fls. 1/9), a defesa alega, em síntese, a ilegalidade da decisão que decretou a prisão preventiva da paciente diante da ausência de fundamentação concreta capaz de demonstrar a necessidade de imposição da prisão preventiva.

Reitera o pedido de conversão da prisão preventiva em domiciliar, sob o argumento de que a paciente é mãe de três crianças menores de doze anos que moram com ela e dependem diretamente de seus cuidados (duas certidões de nascimento às e-STJ fls. 48/49).

Superior Tribunal de Justiça

Declara que a paciente é primária, de apenas 21 (vinte e um) anos de idade e possui residência fixa no distrito da culpa.

Ressalta que a recorrente já está presa há quase 5 (cinco) meses *sem ter concluído audiência de instrução e julgamento, configurando, portanto, flagrante constrangimento ilegal por excesso de prazo* (e-STJ fl. 3).

Pugna, liminarmente e no mérito, pela concessão de liberdade e, subsidiariamente, pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 58/63

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do writ e, caso conhecido pela sua denegação, recebendo o parecer a seguinte ementa (e-STJ fl. 88):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO CABÍVEL NA ESPÉCIE. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO AO USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. PRESENTES OS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA NÃO CONFIGURADO. FILHO MENOR DE 12 ANOS. PRISÃO DOMICILIAR. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DA PRISÃO QUE SE IMPÕE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. SE CONHECIDO, PORÉM, PELA SUA DENEGAÇÃO.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 470.549 - TO (2018/0247260-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Busca-se, em síntese, neste *writ*, a revogação da prisão preventiva e, subsidiariamente, a substituição da prisão cautelar por domiciliar da paciente, acusada da prática do crime de tráfico de drogas.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que prisão cautelar esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

Superior Tribunal de Justiça

Destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte que traduzem bem essa compreensão: STF, HC n. 128.615 AgRg, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, publicado em 30/9/2015; STF, HC n. 126.815, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 4/8/2015, publicado em 28/8/2015; STJ, HC n. 321.201/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; e STJ, HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014.

Eis os fatos denunciados (e-STJ 42, *grifei*):

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 24 de abril de 2018, no período vespertino, os denunciados, com consciência e vontade, após adquirirem, foram flagrados guardando e mantendo em depósito substâncias entorpecentes, sem autorização legal ou regulamentar, consistente em 653 g (seiscentos e cinquenta e três gramas) da substância conhecida como "maconha", 406 g (quatrocentos e seis gramas) da substância conhecida como "crack", bem como 35,30 g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) da substância conhecida como "cocaína", conforme auto de prisão em flagrante, depoimentos de testemunhas, auto de apreensão e exibição e laudo pericial definitivo n° 2862/2018¹.

Segundo o apurado, Policiais Militares receberam informação de suposta comercialização de drogas, que estava sendo praticada pelo denunciado MÁRIO CÉSAR LEITE DE SOUSA em sua residência, situada no Setor Taquari, na quadra T-30, área de invasão, nesta cidade. Prontamente foi efetuado diligências no referido local onde o denunciado foi surpreendido guardando no interior do imóvel um pedaço de tablete de maconha, que estava dentro de um rack.

O Magistrado de primeira instância fundamentou a necessidade da prisão preventiva da seguinte forma (e-STJ fl. 52):

(...)

Ressalte-se que a flagrada está sendo investigada em outros procedimentos referente ao mesmo tipo penal e declarou que quem mantém a casa é a sua avó e sua mãe e a criação dos 3 filhos também é feita em conjunto com mãe e avó. Neste caso, entendo conveniente, para instrução criminal que a conduzida, pelo menos

Superior Tribunal de Justiça

por ora permaneça recolhida enquanto o Juiz Criminal competente realiza outras diligências e assim decida quanto à manutenção de sua segregação. Sendo assim, entendo presentes tais fundamentos para a manutenção da segregação cautelar, bem como ausentes a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE DE MARCIANA SILVA DO NASCIMENTO, já qualificado, EM PRISÃO PREVENTIVA, devendo permanecer custodiado até ulterior decisão judicial em sentido contrário. ESTA DECISÃO SERVE COMO MANDADO DE PRISÃO. Decisão publicada em audiência. Os presentes

(...)

De maneira semelhante, posicionou-se o Tribunal Revisor, destacando, ainda, a expressiva quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos (e-STJ fls. 16/22, grifei):

(...)

Como se verifica das razões da impetração e dos documentos que compõem o inquérito policial na origem, a paciente encontra-se presa desde 24/04/2018, quando capturada em flagrante delito em razão dela e de outra duas pessoas, estarem "guardando e mantendo em depósito substâncias entorpecentes, sem autorização legal ou regulamentar, consistente em 653 g (seiscentos e cinquenta e três gramas) da substância conhecida como "maconha", 406 g (quatrocentos e seis gramas) da substância conhecida como "crack", bem como 35,30 g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) da substância conhecida como "cocaína" .

Saliento que ao contrário do que sustenta a parte impetrante, há provas da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, demonstrados no inquérito policial relacionado; pelas declarações colhidas quando da lavratura do aludido inquérito, mormente em razão das declarações dos policiais militares estaduais, que descreveram toda a abordagem realizado junto a paciente.

Registro inclusive que os entorpecentes apreendidos já estavam embalados, (doladas), bem como foi apreendida uma balança de precisão 4, o que leva a crer que há fortes indícios de que o tráfico não foi fato isolado na vida da segregada.

(...)

Prosseguindo pontuo que quanto à aplicabilidade do artigo 318, CPP entendo que não assiste sorte a paciente. É certo que a Lei n. 13.257/2016, conhecida como Lei de Proteção à Primeira Infância, promoveu alteração no Código de Processo Penal prevendo, ao

Superior Tribunal de Justiça

tratar de prisão domiciliar, a possibilidade de o réu, ao invés de ficar em prisão preventiva, permanecer recolhido em sua residência. Contudo, em regra, essa espécie de medida cautelar não versa em direito público subjetivo do agente delitivo, para tanto o dispositivo legal supramencionado afirma que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, o que dá a ideia de faculdade do magistrado. As hipóteses para sua decretação devem ser aplicadas de forma restrita e diligente, conforme as peculiaridades do caso concreto - (STF HC 134069/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, Julg. 21/06/2016).

(...)

Inclusive o mencionado dispositivo traz uma faculdade, não uma obrigatoriedade, assim, apesar da paciente ser genitora de duas crianças, conforme certidões de nascimentos anexadas ao evento 01, DOCPRESS2/DOCPRESS3, neste instante levando-se em consideração que a paciente não demonstrou que seus filhos estejam exclusivamente sob os seus cuidados, não vejo argumentos para acolher o pedido de concessão de prisão domiciliar.

No mesmo norte também seguiu o parecer ministerial lançado ao evento 08, "cabe mencionar que além do procedimento em que restou presa em flagrante delito, a paciente responde a outra ação penal pela prática de tráfico de entorpecentes e organização criminosa, redundando na excepcionalidade a que o Supremo Tribunal Federal nos exorta avaliar – HC 143.641/SP".

(...)

Como visto, o decreto de prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentado, tal qual exige a legislação vigente. Foram regularmente tecidos argumentos idôneos e suficientes ao cárcere provisório do paciente nas decisões transcritas, para garantir a ordem pública.

Destarte, foram apreendidos **653g de maconha, 406 g de "crack", bem como 35,30g de "cocaína", além de balança de precisão e outros materiais atinentes à traficância**. Outrossim, a paciente responde a outra ação penal pela prática do crime de tráfico de drogas e organização criminosa, a indicar o risco de reiteração delitiva.

O Supremo Tribunal entende que *"Não traduz manifesta arbitrariedade a decretação de prisão cautelar de acusado com quem foi apreendida expressiva quantidade de drogas, a revelar profundo envolvimento na atividade de tráfico de*

Superior Tribunal de Justiça

drogas, com risco de reiteração delitiva e à ordem pública" (HC n. 109.111, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/08/2012, publicado em 6/3/2013)

Portanto, à luz do que dispõe o art. 312 do CPP, entendo que a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública.

Noutro giro, quanto à prisão domiciliar, essa *consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial* (art. 317 do Código de Processo Penal).

Com efeito, os incisos IV e V do art. 318 do Código de Processo Penal autorizam o Juiz substituir a prisão preventiva da mulher gestante ou mãe com filho de até 12 anos de idade pela prisão domiciliar.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Sobre o tema, o plenário da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* coletivo n. 143.641/SP, concluiu que a norma processual (art. 318, IV e V) alcança todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, relacionadas no referido *writ*, bem ainda todas as outras em idêntica condição no território nacional.

Todavia, o julgado excepcionou algumas situações: "(...) *os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou,*

Superior Tribunal de Justiça

ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício".

Em data recente sobreveio a Lei nº 13.769/2018, de 9/12/2018, introduzindo os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Embora o *caput* do art. 318 do CPP estabeleça que "***Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar (...)***", nas hipóteses dos incisos IV e V, o novo art. 318-A dispõe que "***A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar.***".

Vale destacar que essa divergência já havia sido afastada por ocasião do referido julgado, *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, na medida em que concedeu a ordem, coletivamente, estabelecendo parâmetros a serem observados nas exceções pontuadas. Confira-se o voto, na parte que interessa:

Diante desse teor normativo, pergunta-se: quais devem ser os parâmetros para a substituição de que trata a lei?

A resposta, segundo as autoras e as amici curiae, está em que o "poderá", constante do caput do artigo deve ser lido como "deverá", para evitar que a discricionariedade do magistrado seja, na prática, usada de forma a reforçar a cultura do encarceramento.

Já para a Procuradoria-Geral da República, a resposta deve formulada caso a caso, sempre à luz da particularidade do feito em análise. Essa abordagem, contudo, parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça que existem no País.

Diante dessas soluções díspares, e para evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, a melhor saída, a meu ver, no feito sob exame, consiste em conceder a ordem, estabelecendo parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos juízes, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

E esse é o entendimento adotado por esta Quinta Turma, sistematizado a partir do seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO, RECEPÇÃO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO LIMINAR DO WRIT. SÚMULA N. 691 DO STF. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos expostos na decisão agravada, não se constata nos autos constrangimento ilegal patente, apto a justificar a superação do enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF.

2. O precedente da Suprema Corte invocado ao caso concreto foi interpretado em outras ocasiões pelo Superior Tribunal de Justiça, nas quais se sedimentou o entendimento segundo o qual constituem três exceções à concessão de prisão domiciliar nos termos do habeas corpus coletivo: a) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, b) perpetrados contra os descendentes ou c) situações excepcionalíssimas.

3. Tratando-se de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, não há que se falar em substituição da prisão preventiva

Superior Tribunal de Justiça

pela domiciliar em razão do mandamus coletivo concedido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 143.641/SP.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 438.607/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 05/04/2018)

Com a publicação da nova lei, **não resta dúvida que se trata de um poder-dever para o juiz aplicar o benefício**, ressalvados os casos em que tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa ou contra seu filho ou dependente. Assim, forçoso reconhecer o **caráter objetivo de aplicação da nova lei**, com a substituição do termo **poderá** (art. 318, *caput*) por **será** (art.318-A, *caput*), sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único).

Concordando com esse ponto, destaco trecho de artigo publicado no *site* da Revista Consultor Jurídico:

*A força impositiva da necessidade de ser reconhecido e efetivamente aplicado o benefício restou traçada na literalidade do texto legal do artigo 318-A, que substituiu o termo **poderá** por **será**, de modo que, nestes casos, não compete ao magistrado confrontar a possibilidade da prisão domiciliar com as necessidades da prisão preventiva. Isto não significa, todavia, que a prisão domiciliar não possa ser aplicada inclusive nas hipóteses de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou contra filho ou dependente. O que foi destacado é o caráter objetivo da aplicação da domiciliar às mulheres mães de crianças ou deficientes e gestantes em situações que não envolvam as exceções apresentadas. (Tribuna da Defensoria: **Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos**, Por Gina Kerly Pontes Moura, Jorge Bheron Rocha e Maria Noêmia Pereira, publicado em 1/1/2019 - <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistos-lei#author>)*

Observa-se também que houve uma discreta ampliação do rol de beneficiárias previstas no *habeas corpus* coletivo, incluindo a **mulher responsável por pessoa com deficiência**. A decisão do Supremo Tribunal contemplava a mãe de deficiente, e agora a prisão domiciliar **será** também concedida à mulher, não necessariamente mãe, desde que responsável por pessoa com deficiência, que pode ser um filho, menor ou maior, ou mesmo outra pessoa, como marido, irmão, etc.

Superior Tribunal de Justiça

Tratando-se, portanto, de **gestante, mãe de criança** menor de 12 anos e **mulher responsável por pessoa com deficiência**, a regra é o deferimento da prisão domiciliar.

Quanto às exceções que foram positivadas, em que pese a ampliação do rol de beneficiárias, não pairam maiores dúvidas. Assim, não cabe o benefício legal nos casos em que a mulher tenha "*cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa*" ou "*contra seus descendentes*". Apenas um detalhe acerca do inciso II: ao mencionar "seus dependentes", parece-me, a princípio, estar implícita também a vedação do benefício quando o crime for cometido contra a pessoa deficiente pela qual a mulher é responsável, tendo em vista o objetivo maior de proteção prioritária da criança e da pessoa com deficiência. Desse modo, a mulher que praticar crimes contra seus descendentes, ou contra pessoa deficiente sob sua responsabilidade, incorre na vedação legal ao benefício da prisão domiciliar.

Feita essa breve observação, cumpre lembrar que esses dois parâmetros já estavam previstos no julgado do Supremo Tribunal Federal, hoje representados nos incisos I e II do novo art. 318-A do CPP. Porém, com relação as chamadas **situações excepcionalíssimas**, a nova lei nada regula.

Entendo que não se trata de um silêncio eloquente da norma, mas apenas como uma omissão legislativa e é assim que deve ser interpretado.

De fato – e aqui faço propositadamente uma redução ao absurdo da novidade legal, de forma a demonstrar a inevitabilidade da sua interpretação no sentido de que houve omissão legislativa –, a leitura do disposto em termos literais forçaria a concessão da prisão domiciliar a mãe que sequer convive ou criou os filhos, unicamente porque o crime não envolveu violência ou grave ameaça ou dirigiu-se contra a prole.

A exceção da concessão do benefício em determinadas situações excepcionalíssimas deve, portanto, ao meu ver, subsistir. Como efeito, por meio desse parâmetro adicional era possível fazer um controle maior de conduta criminosas que, embora não alcançados pelas duas exceções, se revestiam de elevada gravidade, evidenciando um

Superior Tribunal de Justiça

risco concreto de violação aos direitos da criança, ou uma ameaça acentuada à ordem pública.

Nesse sentido, temos muitos precedentes apontando como situações excepcionalíssimas, dentre as quais se destacam: (i) praticar o tráfico de drogas na residência, com a presença ou mesmo participação das crianças; (ii) reincidir em crimes graves, onde mesmo após prisões anteriores ou cumprimento de penas, não abandonaram o mundo do crime; (iii) integrar perigosas organizações criminosas, profundamente envolvidas com a criminalidade, notadamente quando exercem papel relevante, com ligações com facções perigosas, criando um ambiente de constante risco e insegurança que afeta toda a família, apenas para exemplificar. Nessas hipóteses, percebe-se que a presença física da mãe ou responsável **pode caracterizar** violação de direitos que atinge diretamente as crianças menores ou dependentes.

A Constituição Federal prescreve que é dever do Estado assegurar a proteção integral e prioritária da criança (art. 227 da CF). E aqui, o olhar é para aqueles que sofrem injustamente as consequências dos atos praticados por mães que se encontram encarceradas, na medida em que seus filhos ou as pessoas sob sua dependência sofrem diretamente efeitos da condenação, com a separação física da genitora.

Assim, o propósito da lei não é conferir um salvo-conduto às mulheres que cometem crime sem violência ou grave ameaça, independente do risco que a sua liberdade possa oferecer aos filhos, à pessoa com deficiência pela qual é responsável, ou mesmo à sociedade. Ao contrário, "*o principal objetivo da novel lei, editada após a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu às custodiadas mães de filhos menores de 12 anos de idade o direito à prisão domiciliar, é a proteção da criança.*", como declarou o e. Ministro Presidente desta Corte, no período de férias forense, em decisão liminar em que examinou a aplicação do novo art. 318-A do CPP (*HABEAS CORPUS* Nº 491.003 – PB, de 30/1/2019, MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, publicado em 4/2/2019).

De fato, ainda durante a discussão do projeto de lei no âmbito legislativo, concluiu a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, ao tratar das limitações propostas à substituição da prisão preventiva por domiciliar, previstas nos incisos I e

Superior Tribunal de Justiça

II do novel art. 318-A do CPC, que "*tal medida é acertada, pois não se pode olvidar que a criança deve ser resguardada de toda e qualquer presença que possa prejudicar a formação de sua personalidade e a construção de seus valores, em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento*".

Nessa direção, impossível ignorar que em determinadas situações – frise-se, excepcionalíssimas, criminalmente concretas, e que deverão ser devidamente demonstradas – a mãe pode, até mais do que nas hipóteses expressamente previstas, ser *presença que possa prejudicar a formação de sua personalidade e a construção de seus valores*. Em tais casos, entendo que a proteção do menor deve prevalecer sobre o direito legalmente conferido a tais mulheres. Repita-se: o foco de tais disposições deve fixar-se no menor ou, nos termos da novidade legal, no deficiente.

Por isso, penso que **a normatização de apenas duas das exceções já previstas no *habeas corpus* coletivo não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo nos pontos não alcançados pela norma**. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Tenho que deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança cuja proteção deve ser integral e prioritária, como determina a Constituição no art. 227, bem como à pessoa deficiente.

Nesse sentido destaco uma breve análise disponível no *site* "Dizer o Direito", de 21/12/2018:

A exceção 3 ainda é possível? O juiz poderá deixar de aplicar a prisão domiciliar em outras situações excepcionalíssimas?

Aqui temos o ponto mais polêmico da novidade legislativa. Teria sido um silêncio eloquente do legislador com o objetivo de superar, neste ponto, o entendimento do STF sobre o tema ou representaria uma simples omissão?

Particularmente, penso que a terceira exceção continua existindo. Isso porque ela foi fixada pelo STF não por conta da interpretação

Superior Tribunal de Justiça

da lei, mas sim com base em uma verdadeira construção (criação) jurisprudencial. As três exceções não eram previstas em nenhum lugar. Logo, parece-me que o fato de o legislador não ter encampado expressamente essa terceira exceção não significa que ela não exista.

O legislador não tem condições de prever todas as hipóteses excepcionais, sendo justificável que o magistrado, diante de um caso concreto, identifique que a concessão da prisão domiciliar ameaçará a garantia da ordem pública/econômica, a conveniência da instrução criminal ou que irá colocar em risco a aplicação da lei penal.

Contudo, como já dito, trata-se de tema que gerará debates e certamente haverá posições em sentido contrário. (Comentários à Lei 13.769/2018: prisão domiciliar e progressão especial para gestante e mulher que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, 21/12/2018 – <https://www.dizerodireito.com.br/2018/12/comentarios-lei-137692019-pri-sao.html>)

É bom lembrar que a norma não consegue regular a realidade social (fática) em toda a sua extensão. Portanto, é certo que as exceções previstas nos dois incisos do art. 318-A do CPP não comportam todas as soluções dos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário.

Nesse sentido são também as primeiras impressões sobre a nova lei escritas pelo Juiz de Direito do Distrito Federal, Fernando Barbagalo, acerca desse assunto:

É louvável o desiderato da nova lei na efetivação de princípios constitucionais de proteção à maternidade (art. 6º) e à infância (art. 227), seguindo também a linha estabelecida em orientações internacionais sobre o tema (Regras de Bangkok). Inobstante, certamente existirão casos em que essa automatização da prisão domiciliar causará perplexidade. Relevante notar que a formulação do dispositivo anterior, art. 318, (“Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar”) permite margem interpretativa, afastando a substituição em casos excepcionais. Esta permissão não existe no novo dispositivo (art. 318-A). Mesmo o acórdão no habeas coletivo autorizava a manutenção da prisão preventiva nas “situações excepcionalíssimas” devidamente fundamentas. E essas situações, infelizmente, acontecem.

Apenas para ilustrar, em nossa triste realidade existem casos de mães de crianças e de gestantes reincidentes que obtiveram a liberdade e pouco depois foram presas vendendo drogas ou armazenando drogas nos locais em que residiam com seus

*pequenos. Neste sentido, citando apenas um de muitos precedentes, foi negada a substituição da prisão preventiva em domiciliar em razão da “considerável quantidade de drogas apreendida” (mais de 661g de cocaína; 45g de maconha; 122g de crack), com outros objetos (incluindo éter etílico e frascos de anestésicos) no interior da residência em que a mulher vivia com a filha. Compreendeu-se como excepcional a situação e a prisão preventiva mantida. (LEI 13.769/2.018: PRIMEIRAS IMPRESSÕES - JUIZ FERNANDO BARBAGALO
[HTTPS://WWW.TJDFT.JUS.BR/INSTITUCIONAL/IMPRESA/ARTIGOS/LEI-13-769-2-018-PRIMEIRAS-IMPRESSOES-JUIZ-FERNANDO-BARBAGALO](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/lei-13-769-2-018-primeiras-impresoes-juiz-fernando-barbagalo))*

Destaco ainda de outra publicação – "Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)" - produzida por especialistas na área, sob a coordenação científica do Prof. Rogério Sanches Cunha, e disponibilizada na *internet*:

A nosso ver, não andou bem o legislador. Acabou desconsiderando o cometimento de crimes graves como o já mencionado tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à prática do próprio tráfico, fraudes de grande vulto e até mesmo determinadas figuras tipificadas na Lei 13.260/16, que trata do terrorismo.

A prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e com adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ora, como apresentado, o novo dispositivo (art. 318-A) opõe-se abertamente às regras gerais para a concessão de cautelares, ignorando as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva e para garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal.

A substituição automática também acaba por violar o disposto no art. 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo. A obrigação de que o juiz substitua a prisão preventiva

Superior Tribunal de Justiça

pela domiciliar torna evidentemente falha a proteção de que se incumbem o Estado.

*Por fim, ainda que se admita a existência de um direito subjetivo da presa à concessão do favor legal, sempre haverá algum espaço para que o magistrado formule um conceito de ordem subjetiva. Assim, por exemplo, há que se analisar se a criança, filha da presa vive efetivamente sob sua companhia, pois é comum que se encontre sob a guarda de fato ou de direito de uma avó ou mesmo do pai. Em relação à pessoa portadora de deficiência, ela pode, eventualmente, encontrar-se internada em uma clínica, quando, então, os cuidados da detenta serão dispensáveis. Não se pode ignorar, também, o cabimento da preventiva como sanção processual para o caso de descumprimento injustificado do benefício legal. **(Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)**
<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>)*

Ainda, não se pode esquecer que, se por um lado nos deparamos com a proibição de excessos contra direitos das crianças e dos deficientes, por outro, o Estado não pode se omitir de promover a assegurar adequadamente a proteção dessas pessoas, quando concretamente ameaçadas. E aqui que não se pode perder de vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que orientam a aplicação das medidas cautelares em todo o espectro de opções previstas na norma processual penal – variando do total cerceamento da liberdade a alternativas mais brandas de controle social.

Assim, o risco que se busca afastar com a prisão preventiva (garantia da ordem pública, preservação da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal), substituindo-a pela domiciliar, precisa ser cuidadosamente avaliado pelo Magistrado, na medida em que são flexibilizados os controle/vigilância do Estado sobre a pessoa presa.

Entendo que esse equilíbrio desejado está presente na decisão da Suprema Corte, quando formulou um terceiro parâmetro para comportar as situações que chamou de **excepcionalíssimas**.

Em seu voto, o e. Ministro Ricardo Lewandowski avaliou especificamente os casos de reincidentes. Sua excelência faz a seguinte recomendação: "*Quando a detida for*

Superior Tribunal de Justiça

tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.". Logo em seguida, aponta como uma das soluções, fazendo uso do termo **poderá**, a aplicação de medidas cautelares, *"Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações"*.

Vale enfatizar que o indeferimento excepcional do benefício não prescinde de uma análise aprofundada dos casos concretos, à luz do interesse prioritário do menor ou do deficiente, em decisões que *"deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício"*, como consignado no voto do Relator.

Ainda sobre esse ponto, vale lembrar que o Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, em 4/4/2016, ao decidir o HC n. 134.734/SP, advertiu que é preciso analisar também a conduta e a personalidade da presa e, **sobretudo, a conveniência e o atendimento ao superior interesse do menor**, concluindo: *"Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar"*.

Nessa mesma linha de raciocínio, manifestou-se o e. Ministro Sebastião Reis, ao apreciar a liminar em que se questiona a aplicação da nova Lei n. 13.769/2018, *grifei*):

Ressalta-se que, mesmo atendido o requisito de ser mãe de criança com deficiência, o benefício pode ser afastado quando, fundamentadamente, o órgão julgador, ante dados concretos, demonstre situação em que se revele inadequada a prisão domiciliar (periculum libertatis), sob pena de se conferir uma carta de indenidade absoluta a todas as mulheres gestantes ou mães de crianças com deficiência. (HABEAS CORPUS Nº 479.584 – PR, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, de 1º/2/2018, publicada em 08/02/2019)

Superior Tribunal de Justiça

Em conclusão: as situações excepcionais ainda subsistem e carecem de solução jurídica adequada, sempre à luz da força impositiva da nova norma, mas sem violar direitos e garantias dos menores ou deficientes envolvidos. Por essas razões é que entendo que permanece válida a terceira exceção prevista no acórdão do *habeas corpus* coletivo, com aplicação já sedimentada na jurisprudência desta Corte. Registre-se, no ponto, mais uma vez, que tais exceções são **EXCEPCIONALÍSSIMAS**, pois **a regra é o deferimento da prisão domiciliar**.

No particular, verifica-se que a paciente é mãe de três crianças menores de 12 anos, LUIZ FELIPE BANDEIRA SILVA – 05 anos de idade, FERNANDA VITÓRIA SILVA MENDES – 03 anos de idade, além de um terceiro filho, de 8 anos de idade, cuja certidão não fora juntada aos autos. E, como se viu das transcrições, o benefício da prisão domiciliar foi negado ao argumento de que a paciente teria declarado "*que quem mantém a casa é a sua avó e sua mãe e a criação dos 3 filhos também é feita em conjunto com mãe e avó*".

Com efeito, a necessidade dos cuidados nos primeiros anos de vida da criança é indiscutível, sendo presumida a **indispensabilidade** da presença física da mãe para o desenvolvimento físico e emocional equilibrado. Assim, como consignado neste voto, a separação excepcionalíssima da mãe (com a decretação da prisão) somente pode ocorrer quando violar direitos dos filhos, tendo em vista a força normativa da nova lei que regula o tema.

Veja-se ainda que, embora a paciente seja investigada por tráfico, não é reincidente, o fato que deu origem à prisão em exame não ocorreu na residência onde moram os filhos, bem como não envolveu atuação de organização criminosa, tanto que foi denunciada apenas pelo crime de tráfico de drogas.

Além disso, a situação dos autos também não se encaixa em nenhuma das exceções legais trazidas pela Lei 13.769/2018, mormente por não se tratar de delito praticado com violência ou grave ameaça, bem como não ter sido praticado contra os descendentes da paciente.

Superior Tribunal de Justiça

De mais a mais, deve-se lembrar que o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional dos filhos do agente, e as inovações trazidas pelas Leis n. 13.257/2016 e 13.769/2018 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

A respeito do tema, é preciso recordar:

a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. **A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;**

b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);

c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. As Leis n. 13.257/2016 e 13.769/2018 decorrem desse resgate constitucional.

Desse modo, deve ser a ordem concedida de ofício, para deferir à paciente a substituição da prisão preventiva por domiciliar, nos termos legais. De modo a obstar a continuidade das supostas condutas praticadas pela paciente, conveniente a fixação das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319, incisos III (proibição de manter contato com outros denunciados) e IX (monitoramento eletrônico), do Código de Processo Penal, sem prejuízo da fixação de outras julgadas adequadas pelo magistrado singular.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício para substituir a prisão preventiva de MARCIANA SILVA DO NASCIMENTO pela prisão domiciliar, nos termos acima expostos.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2018/0247260-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 470.549 / TO**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00136822920188272729 00181593720188270000 136822920188272729
181593720188270000

EM MESA

JULGADO: 12/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : MARCIANA SILVA DO NASCIMENTO (PRESO)
CORRÉU : MARIO CESAR LEITE DE SOUSA
CORRÉU : MARIANA CRISTINA MENDES DOS REIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.